

UNIVERSIDAD DE HUANUCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TESIS

“EL VIENTRE DE ALQUILER Y LA PROTECCIÓN LEGAL”

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR: Jara Leon, Graviel Emilio

ASESOR: Guevara Zevallos, Juan Luis

HUÁNUCO – PERÚ

2021

U

D

H



UDH
UNIVERSIDAD DE HUANUCO
<http://www.udh.edu.pe>

TIPO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

- Tesis (X)
- Trabajo de Suficiencia Profesional ()
- Trabajo de Investigación ()
- Trabajo Académico ()

LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN: Desarrollo de estudios en derechos sustantivos y procesales en constitucional, civil, penal, laboral, tributario, administrativo y empresarial

AÑO DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN (2018-2019)

CAMPO DE CONOCIMIENTO OCDE:

Área: Ciencias Sociales

Sub área: Derecho

Disciplina: Derecho

DATOS DEL PROGRAMA:

Nombre del Grado/Título a recibir: Título

Profesional de Abogado

Código del Programa: P33

Tipo de Financiamiento:

- Propio (X)
- UDH ()
- Fondos Concursables ()

DATOS DEL AUTOR:

Documento Nacional de Identidad (DNI): 10531479

DATOS DEL ASESOR:

Documento Nacional de Identidad (DNI): 43299897

Grado/Título: Maestro en gestión ambiental

Código ORCID: 0000-0001-5521-7053

DATOS DE LOS JURADOS:

Nº	APELLIDOS Y NOMBRES	GRADO	DNI	Código ORCID
1	Rios Cardenas, Luis Javier	Maestro en derecho y ciencias políticas con mención en derecho procesal	22401132	0000-0002-6256-6654
2	Montaldo Yerena, Ruth Mariksa	Magíster en gestión pública	22408350	0000-0002-5081-6310
3	Berrospi Noria, Marianela	Abogado	22521052	0000-0003-2185-5529

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Huánuco, siendo las 15:00 horas del día 27 del mes de ENERO del año 2021, en cumplimiento de lo señalado en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad de Huánuco, se reunieron el Sustentante y el Jurado calificador mediante plataforma virtual Google meet integrado por los docentes:

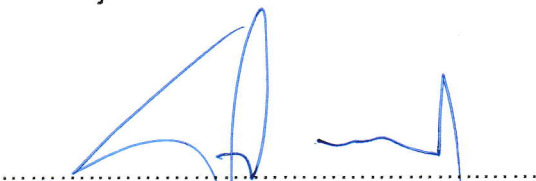
- | | |
|--------------------------------------|----------------------|
| ➤ Mtro. Luis Javier RIOS CÁRDENAS | : PRESIDENTE |
| ➤ Mtra. Ruth Mariksa MONTALDO YERENA | : SECRETARIA |
| ➤ Abog. Marianela BERROSPI NORIA | : VOCAL |
| ➤ Mtro. Elí CARBAJAL ALVARADO | : JURADO ACCESITARIO |
| ➤ Mtro. Juan GUEVARA ZEVALLOS | : ASESOR |


Nombrados mediante la Resolución N° 047-2021-DFD-UDH de fecha 21 de enero de 2021, para evaluar la Tesis intitulada: **"EL VIENTRE DE ALQUILER Y LA PROTECCIÓN LEGAL"**, presentado por el Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, **Graviel Emilio JARA LEON**, para optar el Título profesional de Abogado.

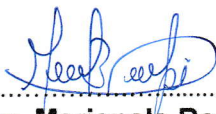
Dicho acto de sustentación se desarrolló en dos etapas: Exposición y Absolución de preguntas; procediéndose luego a la evaluación por parte de los miembros del jurado

Habiendo absuelto las objeciones que le fueron formuladas por los miembros del jurado y de conformidad con las respectivas disposiciones reglamentarias, procedieron a deliberar y calificar, declarándolo (a) APROBADO por UNANIMIDAD con el calificativo cuantitativo de 13 y cualitativo de SUFICIENTE

Siendo las 16:10 horas del día 27 del mes de ENERO del año 2021, los miembros del jurado calificador Ratificados firman la presente Acta en señal de conformidad.


Mtro. Luis Javier Rios Cárdenas
Presidente


Mtra. Ruth Mariksa Montaldo Yerena
Secretario


Abog. Marianela Berrospi Noria
Vocal

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RESOLUCIÓN N° 047-2021-DFD-UDH

Huánuco, 21 de enero del 2021

Visto, la solicitud con ID: 00001862, **presentado** por el Bachiller **Graviel Emilio JARA LEON** quien solicita se ratifique y se designe a los miembros del Jurado y se señale fecha y hora para sustentar el Trabajo de Investigación Científica (Tesis) intitulado **"EL VIENTRE DE ALQUILER Y LA PROTECCIÓN LEGAL"**;

CONSIDERANDO:

Que, según Resolución N° 425-20-DFD-UDH de fecha 21/SET/20 se nombran Jurados revisores del Informe Final del Trabajo de Investigación Científica (Tesis) a los docentes Mtro. Luis Javier RIOS CÁRDENAS, Mtro. Ruth Mariksa MONTALDO YERENA, Mtro. Hernando Walferdin SANTOS GUTIERREZ;

Que, mediante Resolución N° 913-2020-DFD-UDH de fecha 15/DIC/20 se aprueba el Informe Final del Trabajo de Investigación Científica (Tesis) intitulado **"EL VIENTRE DE ALQUILER Y LA PROTECCIÓN LEGAL"** del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Huánuco;

Que, con Resolución N° 1016-20-DFD-UDH de fecha 31/DIC/20 se declara apto al Bachiller para sustentar la tesis.

Que, debido al estado de Emergencia Sanitaria Nacional a consecuencia del COVID-19 la Sustentación de la Tesis se hará de manera virtual cumpliendo con las exigencias del Reglamento de Grados y Títulos;

Estando a lo dispuesto en el Art. 41 del Reglamento General de Grados y Títulos a lo establecido en el Art. 44° de la Nueva Ley Universitaria N° 3220; inc. N) del Art. 44° del Estatuto de la Universidad de Huánuco y la Facultad contemplada en la Resolución N° 795-18-R-CU-UDH de fecha 13/JUL/18 y Resolución N° 001-2021-R-AU-UDH del 05/ENE./21;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- RATIFICAR Y DESIGNAR a los miembros del Jurado calificador de Tesis para examinar al Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Huánuco **Graviel Emilio JARA LEON**, para optar el Título Profesional de Abogada por la modalidad de Sustentación del Trabajo de Investigación Científica (Tesis) a los siguientes docentes:

- Mtro. Luis Javier RIOS CÁRDENAS
- Mtro. Ruth Mariksa MONTALDO YERENA
- Abog. Marianela BERROSPI NORIA
- Mtro. Elí CARBAJAL ALVARADO
- Mtro. Juan GUEVARA ZEVALLOS

PRESIDENTE
SECRETARIA
VOCAL
JURADO ACCESITARIO
ASESOR

El acto de Sustentación se realizará el día 27 de Enero del año 2021 a horas 3:00 pm, mediante la Plataforma Virtual Google meet.

Regístrese, comuníquese y archívese



DEDICATORIA

A los docentes de la Universidad de Huánuco, quienes con su formación académica, permitieron que logre uno de mis sueños, a mis padres Francisco y Margarita que me guiaron y me dieron las fuerzas necesarias para terminar con éxito mis estudios especialmente a mi padre Francisco Catalino Jara García quien siempre me inculco al estudio y se esforzó para que todos sus hijos sean profesionales hoy está muy orgulloso de que su hijo haya culminado con éxito sus estudios Universitarios y este obteniendo un Título Profesional, a mis compañeros de estudio por tener la alegría de conocer excelentes amigos y brindarme su amistad y apoyo en las diversas etapas de la vida Universitaria.

AGRADECIMIENTO

Primero mi agradecimiento es para Dios, por permitirme realizar mis estudios Universitarios desde el inicio hasta la culminación, a mi esposa Doris, a mis hijos Cristhian y Jair Josué Jara Marrufo, que a pesar de los avatares de la vida, supieron darme su apoyo permanente e incondicional desde que inicie mis estudios en la Universidad y contribuyeron para lograr mi anhelo y sueño personal ser un profesional de Derecho y Ciencias Políticas.

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
ÍNDICE.....	IV
ÍNDICE DE TABLAS	VII
ÍNDICE DE GRÁFICOS	VIII
RESUMEN	IX
ABSTRACT	X
INTRODUCCIÓN	XI
CAPITULO I	12
PROBLEMA DE INVESTIGACION	12
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	12
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:.....	14
1.2.1. PROBLEMA PRINCIPAL	14
1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS	14
1.3. OBJETIVOS GENERAL	14
1.4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	14
1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN:.....	15
1.7. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN:	16
CAPITULO II	17
MARCO TEÓRICO	17
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
2.2. BASES TEÓRICAS	18
2.2.1. TEORÍA DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA MATERNIDAD	18
2.2.2. NUEVA CLASIFICACIÓN DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD	23
2.2.3. LA SUBROGACIÓN MATERNA EN LA DOCTRINA	24
2.2.4. REGULACIÓN LEGAL DE LA CONTRATACIÓN.....	27
2.2.5. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO.....	29
2.2.6. EL ALQUILER DE ÚTERO COMO OBJETO DE CONTRATO.	

.....	31
2.3. DEFINICIONES CONCEPTUALES	33
2.4. HIPÓTESIS	34
2.4.1. HIPÓTESIS GENERAL.....	34
2.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	34
2.5. VARIABLES	35
2.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE:	35
2.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE:.....	35
2.6. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	36
CAPITULO III	37
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	37
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN - APLICADA	37
3.1.1. ENFOQUE	37
3.1.2. ALCANCE O NIVEL.....	37
3.1.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	37
3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA	37
3.2.1. POBLACIÓN.....	37
3.2.2. MUESTRA	37
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS .	38
3.3.1. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	38
3.3.2. INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	38
3.4. TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	38
3.4.1. PARA EL PROCESAMIENTO Y PRESENTACION DE DATOS	38
3.4.2. PARA EL ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS DATOS	38
3.4.3. PARA LA CONTRATACION E INFERENCIA DE LOS RESULTADOIS	38
CAPÍTULO IV.....	39
RESULTADOS.....	39
4.1. PROCESAMIENTO DE DATOS	39
4.2. PRUEBA DE HIPÓTESIS:	49
CAPITULO V.....	51

DISCUSIÓN DE RESULTADOS	51
5.1. CONTRASTACIÓN DE LOS RESULTADOS.....	51
CONCLUSIONES	55
RECOMENDACIONES.....	56
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57
ANEXOS	60

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1 ¿Considera usted que el alquiler de funciones reproductivas deba ser normada?	39
Tabla N° 2 ¿Considera usted que las mujeres que dan su vientre en alquiler deban renunciar a sus derechos como madres biológicas?	40
Tabla N° 3 ¿Usted alquiló su vientre para la gestación y luego de experimentar la relación materna filial durante su embarazo, se negó a cederlo?	41
Tabla N° 4 ¿Considera usted que la lactancia materna es indispensable para la relación materno filial?	42
Tabla N° 5 ¿Considera usted que al tener libertad de procreación, las personas pueden acudir libremente al vientre de alquiler?	43
Tabla N° 6 ¿Cree usted que el derecho de filiación solo debe darse de manera natural?	44
Tabla N° 7 ¿Considera usted que el derecho de filiación adoptiva debe ser considerado tan igual como el derecho de filiación natural?	45
Tabla N° 8 ¿Está de acuerdo que la vida del concebido no es un bien patrimonial y contraviene el interés público?	46
Tabla N° 9 ¿Existe en nuestra legislación la figura jurídica que permite impugnar la maternidad cuando la que dio su vientre en alquiler se negó a cederlo?	47
Tabla N° 10 ¿Considera usted que se debe adicionar en la norma en cuanto al incumplimiento del vientre que se alquila?	48

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico N° 1 ¿Considera usted que el alquiler de funciones reproductivas deba ser normada?	39
Gráfico N° 2 ¿Considera usted que las mujeres que dan su vientre en alquiler deban renunciar a sus derechos como madres biológicas?	40
Gráfico N° 3 ¿Usted alquiló su vientre para la gestación y luego de experimentar la relación materna filial durante su embarazo, se negó a cederlo?	41
Gráfico N° 4 ¿Considera usted que la lactancia materna es indispensable para la relación materno filial?	42
Gráfico N° 5 ¿Considera usted que al tener libertad de procreación, las personas pueden acudir libremente al vientre de alquiler?	43
Gráfico N° 6 ¿Cree usted que el derecho de filiación solo debe darse de manera natural?	44
Gráfico N° 7 ¿Considera usted que el derecho de filiación adoptiva debe ser considerado tan igual como el derecho de filiación natural?	45
Gráfico N° 8 ¿Está de acuerdo que la vida del concebido no es un bien patrimonial y contraviene el interés público?	46
Gráfico N° 9 ¿Existe en nuestra legislación la figura jurídica que permite impugnar la maternidad cuando la que dio su vientre en alquiler se negó a cederlo?	47
Gráfico N° 10 ¿Considera usted que se debe adicionar en la norma en cuanto al incumplimiento del vientre que se alquila?	48

RESUMEN

El presente trabajo de investigación contiene el informe de **“EL VIENTRE DE ALQUILER Y LA PROTECCIÓN LEGAL”**. El objetivo en el que se enmarcó fue establecer de qué manera la legalización del alquiler de vientre permitiría la protección jurídica de los padres genéticos., el tipo de investigación fue aplicada que trabaja sobre realidades de hechos, y su característica fundamental es la de presentar una interpretación correcta. Se trabajó con una muestra de 20 Mujeres, 10 Médicos de la especialidad en fertilidad, 10 Abogados litigantes en la especialidad de familia, como técnica se utilizó la encuesta y como instrumentos de recolección de datos se utilizó el cuestionario, la técnica para el procesamiento y análisis de información fue métodos y procesos de estadística descriptiva como son los gráficos y su interpretación respectiva.

Dentro de ello se determinó que La legalización del alquiler de vientre o maternidad subrogada permitiría la protección legal de los padres genéticos.

Palabras claves: Contrato, Clonación, Derecho Genético, Madre Sustituta, Manipulación Genética, Maternidad Legal, Maternidad Uterina, Pareja Estéril

ABSTRACT

This research paper contains the report of "THE RENT BELLY AND LEGAL PROTECTION". The objective of which it was framed was to establish how the legalization of belly rental would allow the legal protection of genetic parents., the type of research was applied that works on realities of facts, and its fundamental characteristic is to present a correct interpretation. Work was done with a sample of 20 Women, 10 Physicians of the fertility specialty, 10 trial lawyers in the family specialty, as a technique the survey was used and as data collection tools the questionnaire was used, the technique for the processing and analysis of information was methods and descriptive statistical processes such as graphs and their respective interpretation.

Within this it was determined that the legalization of the surrogate belly or maternity rental would allow the legal protection of genetic parents.

Keywords: Contract, Cloning, Genetic Law, Substitute Mother, Genetic Manipulation, Legal Maternity, Uterine Maternity, Sterile Couple

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación intitulado “**EL VIENTRE DEALQUILER Y LA PROTECCIÓN LEGAL**” tiene como objetivo principal establecer de qué manera la legalización del alquiler de vientre permitiría la protección jurídica de los padres genéticos.

Dentro del marco de la presente investigación se tiene que la legalización de la contratación de alquiler vientre en el Perú no existe, y ello conlleva a que exista un considerable número de familias que son estafadas al convenir el préstamo de útero sin ningún apoyo legal, lo cual muchas mujeres lo practican por diversos motivos, siendo el más frecuente, el económico, lo cual éste conlleva a que, al no existir dicho sustento legal o normativa, éstas familias o parejas sean estafadas

El tipo de investigación que se realizó es aplicada, con un enfoque mixto y un alcance o nivel de carácter descriptivo – explicativo. El diseño de investigación es no experimental.

La población estuvo constituida por mujeres, médicos de clínicas especializadas y abogados litigantes, la muestra se seleccionó de manera aleatoria.

Espero que la presente investigación sirva como aporte a futuras investigaciones similares que deseen realizarse en relación o respecto al tema materia de investigación.

El Tesista

CAPITULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Los avances científicos y médicos y la cada vez mayor recurrencia a las denominadas técnicas de reproducción humana asistida vienen siendo hoy una importante opción para que las personas, como por ejemplo aquellas con problemas de infertilidad, puedan realizar su deseo de ser madres/padres y, por ende, alcanzar la efectiva vigencia de sus derechos fundamentales, en especial de sus derechos reproductivos, a tener una familia, a alcanzar sus planes de vida e, inclusive, su derecho a no ser discriminadas. (Peralta, 2016)

La legalización de la contratación de alquiler vientre en el Perú tiene un vacío legal, existe un considerable número de familias que son estafadas al pactar el préstamo de útero sin contrato y muchas mujeres que rentan su útero por cuestiones económicas; por lo que es necesario legalizar esta necesidad humana para que se efectuara de manera reglamentaria.

En el Perú, además de conocerse los hechos de alquiler de vientre como práctica común y no existir ley que lo regule, caso sobre alquiler de vientre; mediante la técnica de reproducción asistida denominada - Ovo donación e inseminación artificial

- la cual no está permitida en el Perú, conforme al artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842”

Los antecedentes antes referidos permiten apreciar que el alquiler de vientre es una realidad nacional e internacional que se práctica públicamente sin una legislación que lo regule, generando un gran problema de naturaleza socio-jurídico sobre la filiación de las personas que nacen de esta manera.

La ausencia de normas concretas en torno las técnicas de reproducción asistida es una realidad que muchos países de la región comparten. Aunque en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos existen algunas disposiciones relativas a ciertas prácticas que dichas técnicas involucran

(por ejemplo, sobre la clonación, la maternidad subrogada o la donación de gametos), solo Uruguay regula las técnicas de reproducción asistida de manera puntual. (Peruano", 2014)

La infertilidad y la esterilidad, es un problema complejo que afecta a la comunidad mundial en un 30% en su población, en la procreación humana por el método natural. De este porcentaje sólo el 10% pueden llegar a procrear con un tratamiento médico ambulatorio y el 20% tienen que hacerlo por medio de las técnicas de procreación asistida, preferentemente por alquiler de vientre.

La infertilidad causa un grave daño en el proyecto de vida de la mujer y el alquiler de vientre ha resultado ser una solución para este problema que lesiona a la mujer en su derecho a la maternidad.

El desarrollo de la ciencia y la tecnología moderna, constantemente impulsan innovaciones y cambios en la realidad social, rebasando los esquemas culturales y las disciplinas jurídicas, como es el caso del derecho de familia, con las nuevas técnicas de procreación asistida por alquiler de vientre con maternidad subrogada que ha sobrepasado la normatividad legal existente, evidenciando una problemática jurídica en la filiación de los padres genéticos y sus hijos nacidos por maternidad subrogada a través de un vientre de alquiler. Pues el sistema jurídico actual no alcanza a resolver, deviniendo en un vacío legal que motiva la necesidad urgente de promover la pronta legalización para aliviar el problema de las parejas que sufren de esterilidad e infertilidad y se ven privadas para aprovechar ésta técnica de procreación asistida para tener sus anhelados hijos.

La maternidad subrogada, que se da mediante el alquiler de vientre, es una técnica de procreación humana asistida, que permite a una pareja estable o persona soltera tener hijos mediante el alquiler de vientre de una tercera persona para la gestación hasta el alumbramiento. El uso de ésta técnica es una gran alternativa de solución al problema de gestación de la mujer. Pero sucede que, si bien científicamente es posible, jurídicamente el alquiler de vientre es ilegal en el Perú, lo cual motiva graves problemas en la filiación de los padres genéticos con sus hijos nacidos por alquiler de vientre,

no contemplados en el Código Civil.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

1.2.1. PROBLEMA PRINCIPAL

PG. ¿De qué manera la legalización del vientre de alquiler permitiría la protección legal de los padres genéticos?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

PE1. ¿De qué manera la legalización del vientre de alquiler garantizaría el derecho de filiación del recién nacido?

PE2. ¿De qué manera la legalización del vientre de alquiler influiría en el cambio cultural de la sociedad?

PE3. ¿De qué manera la legalización del vientre de alquiler garantizaría la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen del alquiler de vientre?

1.3. OBJETIVOS GENERAL

OG. Establecer de qué manera la legalización del alquiler de vientre permitiría la protección jurídica de los padres genéticos.

1.4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

OG1. Establecer de qué manera la legalización del vientre de alquiler garantizaría el derecho de filiación del recién nacido

OG2. Establecer de qué manera la legalización del vientre de alquiler influiría en el cambio cultural de la sociedad Precisar cuál sería la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen del alquiler de vientre

OG3. Establecer de qué manera la legalización del vientre de alquiler garantizaría la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen del alquiler de vientre

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se justifica porque ayudará a motivar el interés y la atención de las autoridades y organismos del estado, así como también de las parejas con problemas de fertilidad que se encuentran imposibilitadas de tener sus propios hijos, viéndose obligados a contratar un vientre de alquiler como alternativa de solución a su problema.

Asimismo, la investigación permite alertar e incentivar a los poderes del Estado sobre la necesidad de reformar el Código Civil de 1984, a fin de poder incorporarla nueva teoría del parentesco genético en la filiación de las personas.

El resultado de esta investigación servirá para que a través de una debida reglamentación se pueda proteger el derecho de filiación de los niños nacidos bajo esta modalidad de contrato de alquiler de vientre, puesto que, se ha dado casos en que la mujer que dio en alquiler su vientre para la gestación a veces no quiere entregar al niño a los padres genéticos, por diversos factores uno de ellos puede ser que al aflorar el instinto materno la mujer cree ser la madre del concebido.

De esta manera la pareja pierde al recién nacido por no tener algún sustento legal que los ampare como padres. Pues en nuestro país no existen normas exclusivas que regulen este tipo de contratación.

Por lo tanto, al regular dicho vacío legal ayudará a evitar la práctica ilegal de alquiler de vientre que se viene realizando en nuestro país.

1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN:

El factor tiempo fue muy insuficiente para realizar la presente investigación, ya que por trabajo no pudo hacerse plenamente.

Otra limitación fue los recursos económicos, ya que éstos fueron costeados por el propio investigadores, limitaciones que tuvieron que superarse para llegar a concretizar la presente investigación.

1.7. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN:

La investigación reúne todas las condiciones necesarias para su aplicación ya que se contó con la disponibilidad de recursos bibliográficos, humanos y materiales.

El estudio es factible académicamente pues se sustentaría en bases teóricas y conceptuales.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

- Liliana Milagritos Colunche Pérez (2011) **"El Alquiler de Vientre y la Protección Jurídica de los Padres Genéticos"** - Universidad Nacional Federico Villarreal.
- Sarah Lucía Carracedo Uribe (2015) **"La Fertilización In Vitro y el Debate Sobre el Estatuto del no Nacido"** - Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- Gabriela Mercedes Bustamante Grande (2017) **"La Contratación de la Maternidad Subrogada en las Clínicas de Fertilización de Lima Metropolitana en el Año 2016"** - Universidad Cesar Vallejo.
- Ley Rusa de Gestación por Sustitución, la Ley Federal. "Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa" , publicada en enero del 2012, es la normativa encargada de regular y establecer las bases de los procesos de gestación subrogada que se lleva a cabo en este país.
- Vientre de Alquiler en Estados Unidos, Madres de alquiler en el programa de maternidad subrogada en California, cuando la futura madre no es capaz de sobrellevar un embarazo por cualquier razón, una madre de alquiler es una oposición maravillosa. En conjunción con el uso de embriones de una donante de óvulos o la fertilización de los propios óvulos de la paciente, la madre subrogada ofrece a los futuros padres la oportunidad de contribuir con todo o parte del material genético del niño, a la vez que garantizan que los embriones se

transfieran a un útero que se ha comprobado que está sano.

2.2. BASES TEÓRICAS

En la actualidad, la determinación de la maternidad y la filiación, es abordada por dos corrientes, una denominada concepción tradicional o clásica, que considera madre a la mujer que gesta y alumbra a una criatura; y la nueva concepción que, defiende la preferencia de la maternidad genética frente a la madre gestante.

2.2.1. TEORÍA DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA MATERNIDAD

La nueva corriente, sostenida por diversos autores, defiende la preferencia de la maternidad genética frente a la madre gestante que alumbra al hijo por alquiler de vientre.

A. TEORÍA DE LA FECUNDACIÓN

La fecundación, conforme a los objetivos de investigación del presente trabajo, lo abordamos desde el punto de vista eminentemente jurídico. En este sentido, se afirma que: “Al producirse la fecundación de los gametos se origina el cigoto que reúne, desde el instante mismo de su formación, toda la información genética necesaria para programar la formación del nuevo ser, de manera que de no mediar alteraciones de cualquier tipo que interfiera en el proceso, a partir del momento en que empiece a funcionar el primer gen en dicho cigote, la programación genética conducirá a la formación del individuo. Una vez penetrado el óvulo por el espermatozoide surge una nueva vida distinta de la de sus progenitores, titular de un patrimonio genético propio. (MARTÍNEZ ESTELLA, 1994)

Desde otro punto de vista, se sostiene que: “Contra la tendencia que ha venido prevaleciendo en esta materia, se propone la modificación del datoparto, por el de la libertad, responsabilidad de la procreación y la voluntad de la pareja comitente, por ser el criterio más favorable a los intereses del menor. La maternidad

debe corresponder a la mujer sin cuya acción, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí. Dar eficacia a la manifestación de voluntad de la mujer, es reconocer la importancia que en todas las técnicas de fecundación artificial asumen los actos que originan el nacimiento, esto es la responsabilidad por la procreación

B. PROCREACIÓN ASISTIDA

Técnicas de Procreación Asistida.

Respecto a las técnicas de procreación humana asistida en la doctrina se afirma que: *“El avance de la ciencia viene facilitando la reproducción humana con las técnicas de reproducción asistida, por lo que la premisa natural, ideal y típica de la familia reviste nuevos planteamientos, para solucionar los problemas sociales y jurídicos que afecta la filiación familiar”* (ONIS, 1984)

Las TERAS son métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. No es terapia por que no cura nada, sólo suple los efectos de la esterilidad.

Clases de Técnicas de Procreación Asistida. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2001)

Las técnicas que se encuentran en uso se clasifican en dos grandes criterios:

a) Por el lugar donde ocurre la fecundación:

Intercorpórea (Inseminación Artificial). Es aquella en la cual la fecundación se produce dentro del cuerpo de la mujer a través de la introducción de espermatozoides en el interior de los órganos genitales de la mujer.

Tiene como finalidad la procreación, pues el semen se inyecta, de manera directa pero asistida, en la vagina de la mujer, y no

da la posibilidad de realizar experimentación alguna (salvo en lo que respecta a la selección de lamentos masculinos). Como tal es un proceso de bajo la tecnología médica.

Extracorpórea (Fecundación In Vitro – Subrogación Materna). (MADRID, 2001) Es aquella en la cual la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer. Esta técnica busca la unión del espermatozoide y el óvulo en una probeta y tiene entre sus objetivos (además) la investigación humana científica. Esta técnica sí implica procesos de alta tecnología médica.

b) Por la procedencia de los gametos utilizados para la Fecundación:

Homóloga (ovarios y espermatozoides de los padres genéticos). Aquella fecundación realizada con los lamentos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) de quienes serán los padres del niño.

Heteróloga (óvulos y espermatozoides provienen de un tercero). Aquella fecundación en la que los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) provienen de un tercero, es decir, de una persona ajena a la pareja, y por lo general anónimo.

c) Libertad de Procreación:

La libertad de procreación se considera como: “La fundamentación del derecho a la reproducción se puede realizar por dos vías distintas. Considerando un derecho autónomo derivado de la propia dignidad de la persona, con un contenido específico y sujeto a sus propios límites, o entender que se encuentra reconocido de manera implícita en otras normas jurídicas y, consiguientemente que está sujeto a las mismas limitaciones de los derechos de los que deriva. El hecho de adoptar una u otra postura conlleva una especial relevancia, pues, de ello dependerán los alcances de este derecho y los principios informadores de la legislación en materia de fecundación artificial

La libertad de procreación del ser humano, también se encuentra protegida por el derecho internacional, como podemos apreciar en la

siguiente apreciación: “El derecho a procrear está considerado como un derecho a fundar una familia, reconocido en el art. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El derecho a fundar una familia permite proteger los intereses que tienen todas las personas en la vida familiar, incluyendo su derecho a tener y educar hijos. Si uno de los miembros de la pareja es infértil o no puede procrear, puede invocar su derecho a la reproducción cuando carece de tal capacidad natural, alegando su derecho e interés en constituir una familia. De igual manera si ambos miembros de la pareja son estériles y recurren a gametos o a un embrión donado o a una madre subrogada, no están ejerciendo su derecho a la reproducción pero sí demuestran su interés en mantener una vida de familia. (SAMBRIZZI, 2001)

C. CONSENTIMIENTO

Es la voluntad exteriorizada del autor de un acto jurídico o de las partes que intervienen en el mismo es indispensable para la existencia de dicho acto. La autonomía de la voluntad es decisiva para que el individuo engendre actos jurídicos a su libre decisión, aun cuando en la actualidad cada vez se encuentra más restringida por la necesidad de proteger intereses de la sociedad.

Así, el Estado ha intervenido para limitar la autonomía de la voluntad de las personas en la celebración de actos jurídicos cuando son contradictorias las normas de orden público, las buenas costumbres y derechos de terceros. En este sentido, la voluntad es indispensable en la celebración de un acto jurídico, es su motor principal, en los contratos, dicha voluntad se llama consentimiento y se integra con las dos manifestaciones de la voluntad de las partes que se conciertan.

Además, el consentimiento es considerado como el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendiente a la procreación asistida, siempre que dicha práctica no esté prohibida por el Estado. En este sentido, cualquier clase de intervención genética en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental, es lícita si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de las receptoras.

En la doctrina y en el derecho comparado, el consentimiento también se tiene presente como un requisito esencial de la libertad de procreación: “El consentimiento como uno de los requisitos esenciales en esta materia tienen dos ámbitos:

El primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y **El segundo**, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas y un denominador común: la concepción de un ser humano.

D. RESPONSABILIDAD JURÍDICA EN LA PROCREACIÓN

La responsabilidad jurídica es un factor importante dentro de la procreación humana.

En este sentido, se afirma que: *“Existe responsabilidad jurídica cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y produce un daño o perjuicio; es el resultado de la acción en la que el hombre o la mujer expresan su comportamiento en forma contraria a la norma jurídica y son susceptibles de ser sancionados. La responsabilidad es una obligación de segundo grado, que aparece cuando la primera no se ha cumplido, es decir que si una persona tiene la obligación de no causar daño y lo causa, es responsable de pagar por él. El responsable de un hecho ilícito debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputa. La persona que causa el daño es la que debe pagar”.*

(ÁVALOS)

Asimismo, en la doctrina contemporánea se tiene establecido que: *“La responsabilidad subjetiva civil puede clasificarse en contractual (si deriva de la violación de un contrato) o extra contractual (si deriva de la violación de una norma de carácter general. La responsabilidad se hace patente en las prácticas de procreación asistida, puesto que los sujetos que intervienen en la misma pueden violar el orden jurídico establecido; contractual o extra contractualmente, actuando con culpa o sin ella, pero de cualquier manera pueden causar daño o perjuicio a otro*

de los sujetos que intervienen en el proceso de fecundación asistida. Así los usuarios pueden ser responsables frente a su pareja o frente al hijo, y el personal médico frente a los usuarios por culpa o simplemente por riesgo creado (LLEDO YAGUE, 1988)”

2.2.2. NUEVA CLASIFICACIÓN DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

La nueva corriente de procreación humana con el uso de técnicas de procreación asistida, proponen una nueva clasificación de los tipos de la paternidad y la maternidad, la misma que puede describirse de la siguiente manera:

PATERNIDAD.

- Paternidad Genética: Concepción o donación de espermatozoides.
- Paternidad Social: Cuidado, adoptivo o donante de nombre.

MATERNIDAD.

- Maternidad Genética: Concepción o donadora de óvulos.
- Maternidad Uterina: Gestación o donación de útero.
- Maternidad Social: Cuidado, donación de nombre o adoptiva.

En este sentido, la doctrina actual tiende a separar la maternidad del presupuesto biológico, defendiendo la existencia de una clase de maternidad basada en el acuerdo o en la voluntad.

Reflexionaremos acerca de cómo la experiencia de la sexualidad, el trabajo y las formas de unión conyugal atraviesan las representaciones de la paternidad y la maternidad, en forma de prácticas y discursos entre hombres y mujeres a lo largo del ciclo vital. La masculinidad y la femineidad se ven todo el tiempo en constante prueba y la sexualidad se vive bajo riesgo, pues el carácter del género es ambiguo y

contradictorio. Ante la normatividad que se expresa en ideales familiares, paternos y de trabajo que no siempre pueden cumplirse, existen elaboraciones creativas, así como conflictos y negociaciones.

2.2.3. LA SUBROGACIÓN MATERNA EN LA DOCTRINA

La maternidad no sólo estriba en que una persona geste y dé a luz un bebé, tan importante es esto como la función de quien cría y educa a un niño, de ahí que se diga que no es madre la que engendra sino la que educa. De esta manera, en la maternidad subrogada no existe obstáculo para que sea considerada la madre del bebé la mujer solicitante. Esto no quiere decir que la mujer gestante no lo sea, pero si se hable de maternidad subrogada, debe considerarse madre a la mujer solicitante. La subrogación materna es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento. Desde su aparición en 1975, la maternidad de la maternidad ha recibido diversas denominaciones, como las siguientes: Alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, arrendamiento de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación de sustitución, gestación subrogada, madre portadora, maternidad sustituta, maternidad suplente, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler, madres portadoras, vientre de alquiler, *Surrogated Motherhood* (*maternidad subrogada*). (HURTADO OLIVER, 2000)

La subrogación materna es el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada. La subrogación materna, implica el alquiler de las funciones reproductivas del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante. (KEANE, 1981)

La doctrina y legislación comparada define a la maternidad subrogada

como la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer con la intención de entregárselo después de que nazca. En este sentido se afirma la existencia de cuatro tipos de madres: La "madre genética" que es la que proporciona el óvulo, la "madre gestante", la que lleva al niño en su vientre, la "madre social", que es la futura beneficiaria del niño y la "nodriza" que es la que lo amamanta.

Por nuestra parte consideramos que la maternidad subrogada, denominada también alquiler de vientre con subrogación materna, es un acto por el cual una mujer soltera o casada a solicitud de otra persona o pareja matrimonial, presta su consentimiento de ceder su útero en forma altruista u onerosa para que mediante la técnica de inseminación extracorpórea se realice la gestación de una criatura, la misma que al nacer debe entregarlo a los contratantes.

CAUSAS DE LA SUBROGACIÓN MATERNA

La subrogación materna surgió a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, la cual por su mecánica ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos. Si bien es cierto que tiene por objeto permitir que las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, también es cierto que crea serias controversias. De las más importantes han sido los conflictos sociales, éticos, psicológicos, religiosos y jurídicos, que diferentes casos han mostrado, tanto en el ámbito nacional como internacional. (DE LA TORRE VARGAS, 1993)

Entre las principales causas que motivan la subrogación materna se anotan las siguientes:

- Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación.
- Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación.
- Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulos, solicita a otra mujer, o a la

donadora, que gesticule para que dé a luz un bebé.

- Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero si tener un hijo propio.
- Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoides de su marido mediante una fecundación in Vitro.
- Cuando un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.
- Las causas que se dan con mayor frecuencia son las relacionadas con la esterilidad y la infertilidad de la pareja, las cuales son más aceptadas para la maternidad subrogada.

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LA SUBROGACIÓN MATERNA

El derecho romano que expresa “*Mater semper cert est*”, consagrando, de este modo, la atribución de la maternidad por el hecho del parto, ha sido conmovida por la ciencia, cuando se posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que llevase a cabo la gestación y el trabajo de parto. El ordenamiento jurídico peruano, al igual que el de la mayoría de los Estados occidentales, ha adoptado el sistema romanista para determinar la maternidad y, nuestro Código Civil de 1984, lo recoge en su artículo 2° que expone: “*La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento. Asimismo, en el artículo 371 que señala que*” *La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo*”, e igualmente en el artículo 409 al señalar que: “*La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo*”. (REYES FARFAN, 2006)

El alquiler de vientre presenta un nuevo reto a la legislación respecto del presupuesto biológico en virtud de que la mujer que da a luz no es

quien aportó el óvulo; y en cuanto al presupuesto psicológico, podría discutirse si el elemento volitivo-voluntad procreacional sólo se halla presente en “*quién ha deseado un hijo*”, circunstancia que puede o no coincidir con la madre genética, o por el contrario, también es verificable en la mujer que prestó su vientre para la gestación y que, luego de experimentar la relación materno-filial establecida durante el periodo del embarazo, siente al niño como propio y se niega a cederlo a la pareja contratante.

No existe en nuestra legislación figura jurídica que le permite a la madre genética, impugnar la maternidad en su calidad de presunta madre, pues encontramos que la acción de negación y contestación debe ser interpuesta por el marido y se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre.

Como podemos observar, los nacidos a consecuencia de estas técnicas padecerán la conmoción de no poder establecer de modo claro quiénes serán declarados sus padres, y más grave aún resulta la circunstancia de hallarse en juego el derecho personalísimo a la identidad, proyectado en su faceta de no vulnerar al individuo la posibilidad de conocer su verdadera autoría genética, sus orígenes, y ascendientes.

Por nuestra parte consideramos que existe un vacío legal en el código civil de 1984, respecto a la determinación de la filiación de los hijos nacidos por alquiler de vientre con maternidad subrogada, por lo que es necesario promover la modificación del mencionado cuerpo normativo, y regular esta nueva figura jurídica en una Ley Especial, estableciendo con precisión los presupuestos legales y procedimentales para evitar se sigan lesionando los derechos de estas personas.

2.2.4. REGULACIÓN LEGAL DE LA CONTRATACIÓN

El Estado reglamenta la libertad contractual, limitando la contratación, a lo establecido en la ley, sobre la base del interés social y las buenas costumbres. En este sentido, las partes son libres para contratar pero

dentro de los límites señalados por la norma legal, en cada uno de los casos de las actividades de la actividad humana. Es así como el Estado establece la libertad jurídica de contratación de las personas.

Al respecto CONTARINO sostiene que: *“La libertad jurídica contractual se funda en la garantía constitucional de la igualdad ante el derecho. Entendida esta como: La libertad para contratar, que es la libertad para celebrar o no el contrato y con quién; y la libertad contractual, que es la libertad para fijar los términos o contenido del contrato. De esta manera, la libertad jurídica comprende las siguientes facultades: celebrar o no celebrar el contrato, elegir la persona del contratante, determinar el objeto en todo sus aspectos, elegir la forma de instrumentación, excepto los casos de los actos solemnes, modificar el contrato, transmitir la posición contractual, extinguir el contrato”* (CONTARINO, 2000)

La contratación civil en el Perú.

En el Perú, nuestro Código Civil de 1984, recoge los principios y fundamentos de la libertad jurídica, estableciendo la libertad que tienen las personas para contratar dentro de los límites establecidos por la ley.

En este sentido, desde la perspectiva de la Teoría General del Contrato, MOSSET sostiene que existen tres posiciones legislativas respecto al rol que juega, en la codificación civil, la teoría general del contrato con relación a la teoría general del acto jurídico. (MOSSET ITURRASPE, 1991)

A. Teoría General del Acto Jurídico

La cual declara que las reglas generales sobre los actos jurídicos se aplican a los contratos. Esta posición no ha recibido consagración legislativa, por ningún país.

Regulación separada de la teoría general del acto jurídico, en la que se consignan las reglas generales a los actos jurídicos, sean éstos unilaterales o plurilaterales, patrimoniales o extramatrimoniales, y la

teoría general del contrato, que contiene las normas aplicables exclusivamente a los contratos en general, o sea considerados como una categoría abstracta.

Esta tercera posición es la adoptada por el Código Civil peruano de 1984. En este sentido al Art. 1351 del CC, define al contrato como: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

B. Teoría General del Contrato.

Aplicable a los actos jurídicos en general. Esta posición han adoptado los códigos civiles de Italia y Suiza.

Esta posición es criticada, porque las normas sobre contratos, que son actos jurídicos entre vivos con contenido patrimonial, no pueden ser aplicadas a los actos a causa de muerte, con o sin contenido patrimonial, quedándose huérfanos de regulación legal.

2.2.5. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

Analizar la naturaleza jurídica de un contrato es determinar si éste como figura jurídica es de carácter público o privado.

El contrato en sentido general, está definido jurídicamente en el art. 1351° del código civil peruano de 1984: "*El acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*".

El contrato de alquiler de vientre con subrogación materna, es el acuerdo de dos o más partes para crear una relación jurídica patrimonial; es decir, es un acuerdo entre las partes por el cual una mujer conviene en alquilar su vientre para gestar una criatura y entregarlo al nacer a los contratantes.

Sobre la facultad de las partes para disponer del uso de sus órganos y objeto del contrato, existen opiniones contrapuestas, para el sector de la doctrina clásica no es posible que el alquiler del útero sea objeto de

contrato, en cambio el sector de la doctrina moderna representada por Gustavo Bosset, Medina y Erades, entre otros, *“el contrato de alquiler de vientre es lícito siempre que sea gratuito y no vulnere la moral y el orden público”*

Los opositores a la legalización del contrato de alquiler de vientre sostienen que el vientre de una mujer y la vida del concebido no son bienes patrimoniales de libre disposición por las partes, porque contravienen el interés público; sin embargo, compartiendo opinión con la doctrina moderna, consideramos que en el contrato de alquiler la mujer gestante sólo está prestando un servicio de gestación a favor de otra persona y no dispone de ninguna vida humana, sino que con la gestación la mujer sólo está colaborando para la existencia de la vida de una persona, que de otra manera no sería posible su existencia, y esto no puede contrariar la moral y el orden público en ningún lugar del mundo. Por tanto, consideramos que si bien en el contrato de alquiler de vientre con subrogación materna, por su trascendencia, interviene el interés público, pero su naturaleza jurídica es de derecho privado, que sólo compete a las partes; y el alquiler de vientre de una mujer para gestar unacriatura a favor de otra persona, sí es objeto de contratación.

Por otro lado, dentro del análisis de ésta nueva figura contractual, es necesario establecer, si el contrato de alquiler de vientre es igual o diferente a los contratos de locación de servicios y/o de comodato, regulados en el Código Civil peruano de 1984. En su artículo 1764° se afirma que: *“El acto por el cual el locador se obliga sin estar subordinado al comitente, a prestar sus servicios por cierto tiempo y para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”*. En este caso, el locador sería la madre sustituta que presta el servicio y los comitentes la pareja contratante que retribuye de manera pecuniaria la prestación.

Igualmente en el artículo 1728° del mismo cuerpo normativo se establece que: *“El acto por el cual, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva”*. En este caso

comodante es la mujer que dispone su vientre, de modo gratuito y altruista. Comodatario, es la pareja contratante. Art. 1666: “Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida”. (BORDA, 1987)

2.2.6. EL ALQUILER DE ÚTERO COMO OBJETO DE CONTRATO

La maternidad por cuenta ajena en la actualidad, en nuestro país y en cualquier parte del mundo, se toma como alternativa a seguir cuando la esposa o concubina no puede embarazarse por problemas en su útero, como lo serían malformaciones congénitas, extirpaciones del mismo, o bien el llamado “útero infantil”, cuadros clínicos que significan para una mujer la esterilidad, lo cual representa la imposibilidad total de gestar en su vientre a un nuevo ser. Debido a esto, una mujer decide realizar un convenio por escrito con una tercera mujer para que a cambio de una contraprestación económica acepte gestar a un niño para entregárselo con posterioridad a su nacimiento.

En este orden de ideas, si una pareja estéril suscribe un convenio con una tercera mujer, y ésta se rehúsa a cumplir con lo que se comprometió, luego la pareja decide llevar su caso ante los tribunales y tiene que presentar un contrato de gestación por cuenta ajena o de alquiler de útero, resulta pertinente preguntarnos, ¿cuál sería el criterio del juez, tomando en cuenta el actual estado legislativo de la materia?

Al respecto existen dos corrientes opuestas, unos que sostienen que el ser humano tiene sobre su cuerpo la libre disposición, considerándolo como un todo a través del cual se relaciona, camina, habla, observa, siente, etc, pero que nadie puede aparecer como dueño de sus propios miembros que necesita para ser lo que es. Es decir, consideran que nadie puede vender un riñón, el hígado, un pedazo de piel, un ojo, etc., porque una vez que lo han realizado, no son ya las mismas personas, ni su cuerpo tiene la misma capacidad que originariamente tenía.

Otros en cambio considera que debe distinguirse entre lo que son

órganos vitales que afectan y los que no afectan a la salud de la persona. Además, una cosa es vender un órgano y otra cederlo temporalmente en uso sin desprenderse de él. Por tanto, no se puede caer en el exceso de afirmar que en general los órganos de las personas son totalmente indisponibles. En este sentido, siempre que no exista desprendimiento del órgano y no afecte la salud de la persona, algunos pueden ser objeto de cesión temporal para un servicio determinado, como es el caso del útero de la mujer para gestar por cuenta ajena.

La maternidad subrogada tiene como objeto que una tercera mujer permita ser inseminada artificialmente o bien se le implante un embrión humano para su gestación hasta el parto. En este sentido, el objeto del contrato es la obligación de ceder temporalmente el útero de una mujer para una determinada gestación.

La maternidad subrogada tiene su origen en un contrato, por lo general oneroso, en el cual una mujer acepta gestar al niño, pero no acepta ser la madre legal del mismo, porque la que la contrata, tendrá ese reconocimiento futuro, una vez que la madre subrogada da a luz, entrega al niño a aquella que pretende convertirse en la madre legal del mismo. Respecto a su naturaleza jurídica se le aduce como un contrato de compra-venta, de donación, de alquiler, de locación de servicios, etc.

Sin embargo, somos de la idea de que a pesar de poseer características similares a los contratos descritos, estrictamente no se le puede definir como ninguno de ellos.

BASES TEÓRICAS DE LA CONTRATACIÓN DE ALQUILER DE VIENTRE

Esta contratación puede tener dos variantes. Una en donde la madre subrogada solamente proporciona el vientre para la gestación, y otra donde además de gestar también proporciona el óvulo para la procreación.

Los contratos de maternidad subrogada suelen incluir una serie de cláusulas que contemplen las consecuencias de toda una serie de posibles incidencias. Los mayores obstáculos para estos objetivos surgen cuando la madre gestante rechaza entregar al recién nacido, lo que en ocasiones ha llevado la cuestión a los tribunales de justicia.

En la doctrina norteamericana se han desarrollado cuatro teorías modernas especializadas sobre la determinación de la maternidad legal en la gestación subrogada: (Larkey, 2003)

La teoría de la intención (interna-based theory).

- La teoría de la contribución genética (genetic contribution theory).
- La teoría de preferencia de la madre gestante (gestational motherpreferent theory).
- La teoría sobre el mejor interés del menor (the best interest of the childtheory)

En suma, la legislación y la jurisprudencia norteamericana reconoce la categoría de derecho fundamental a la procreación humana y desvincula la sexualidad del factor biológico, y esto ha dado origen a la corriente doctrinal que defiende la existencia de una nueva concepción de los vínculos de parentesco basados en el afecto y en el deseo de tener descendencia, lo cual permite explicar la atribución de la paternidad o la maternidad a favor de quienes recurren a la fecundación asistida, mediante maternidad subrogada.

2.3. DEFINICIONES CONCEPTUALES

- Derecho Genético:** Rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano, es decir, las actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre.
- Fertilización In Vitro (FIV):** Fecundación artificial, extracorpórea o

bebe probeta. Técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo con el espermatozoide del padre. Es la unión del espermatozoide y el óvulo, fuera del cuerpo humano.

- c. **Madre Portadora:** Mujer que genera óvulos pero tiene dificultad uterina o física para gestar. Para tener hijos requiere de préstamo de un útero de otra mujer.
- d. **Madre de Alquiler:** El término conocido como – alquiler de útero- , se ha convertido en uno de los eventos cuya denominación recuerda conceptos patrimoniales que no son muy acordes con la trascendencia social, moral y sobre todo personal de su significación. Por eso, cualquiera de las expresiones: madre sustituta, portadora o subrogada son más respetuosas y apropiadas. Con ello se alude a la mujer que se presta a tener un hijo para otra.
- e. **Manipulación Genética:** Es el procedimiento mediante el cual se intenta modificar o alterar el patrimonio genético de un ser viviente, sea en su integridad o en sus componentes.

2.4. HIPÓTESIS

2.4.1. HIPÓTESIS GENERAL

HG. La legalización del alquiler de vientre o maternidad subrogada permitiría la protección legal de los padres genéticos.

2.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

HE1. La legalización del vientre de alquiler garantizaría el derecho de filiación del recién nacido a través de su protección jurídica

HE2. La legalización del vientre de alquiler influiría positivamente en el cambio cultural de la sociedad

HE3. La legalización del vientre de alquiler garantizaría la protección jurídica de los padres genéticos en cuanto a la filiación de las personas

que nacen del vientre de alquiler.

2.5. VARIABLES

2.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE:

(X) Legalización del vientre de alquiler

2.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE:

(Y) Protección legal

2.6. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>V. I.</p> <p>Legalización del vientre de alquiler</p>	<p>-Maternidad subrogada</p> <p>-Relación materno filial</p> <p>-DD.HH.</p>	<p>-Alquiler de funciones reproductivas.</p> <p>-Renuncia de derechos como madre biológica.</p> <p>-Experimentar embarazo</p> <p>-Mujer solicitante</p> <p>-Libertad de procreación</p>	<p>Recopilación Bibliográfica</p> <p>Encuestas</p>
<p>V. D.</p> <p>Protección legal</p>	<ul style="list-style-type: none"> Derecho de filiación Cambio cultural de la sociedad Filiación de los recién nacidos 	<p>-Natural</p> <p>-Adoptiva</p> <p>-Interés público</p> <p>-Impugnación</p> <p>- Modificación de norma</p>	<p>Entrevista</p> <p>Recopilación Bibliográfica</p>

CAPITULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN - APLICADA

3.1.1. ENFOQUE

Es Mixto ya que recolecta, analiza y vincula datos cuantitativos y cualitativos en un mismo estudio.

3.1.2. ALCANCE O NIVEL

Por la función principal a cumplir en el desarrollo de la investigación esta será de carácter descriptivo – explicativo.

3.1.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

No Experimental, Es no experimental porque no se va a manipular ni las variables de estudio, ni a los sujetos de la muestra.

3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.2.1. POBLACIÓN

Estará constituida por Mujeres; Médicos de clínicas especializadas en fertilidad; Abogados litigantes en la especialidad de familia.

3.2.2. MUESTRA

La muestra se ha seleccionado mediante la técnica aleatoria que selecciona una cantidad representativa, las unidades de análisis están constituidas por:

- 20 Mujeres
- 10 Médicos de la especialidad en fertilidad.
- 10 Abogados litigantes en la especialidad de familia.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.3.1. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

La técnica de investigación que se utiliza en la tesis es la observación con la aplicación de encuestas a través de cuestionarios estructurados.

3.3.2. INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se ha diseñado cuestionarios estructurados constituidos por encuestas y gráficos estadísticos.

3.4. TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.4.1. PARA EL PROCESAMIENTO Y PRESENTACION DE DATOS

Para el procesamiento de datos se utilizará las técnicas estadísticas elementales, como las frecuencias porcentuales y el promedio porcentual. Para la presentación de los datos se ha utilizado cuadros y gráficos estadísticos.

3.4.2. PARA EL ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS DATOS

Para analizar e interpretar los datos se utilizó los porcentuales, así como el promedio porcentual.

3.4.3. PARA LA CONTRATACION E INFERENCIA DE LOS RESULTADOIS

Para la contratación de los resultados se utilizó cuadros y gráficos estadísticos.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. PROCESAMIENTO DE DATOS

Se aplicó la encuesta a la muestra señalada, el cual se presenta a continuación en frecuencias (fi), las estadísticas descriptivas y con la asignación de sus respectivas gráficas.

MÉDICOS

Tabla N° 1 ¿Considera usted que el alquiler de funciones reproductivas debaser normada?

		Frecuenci a	Porcentaj e	Porcentaj e acumulad o
Válido	SI	6	60,0	60,0
	NO	4	40,0	100,0
	Total	10	100,0	100,0

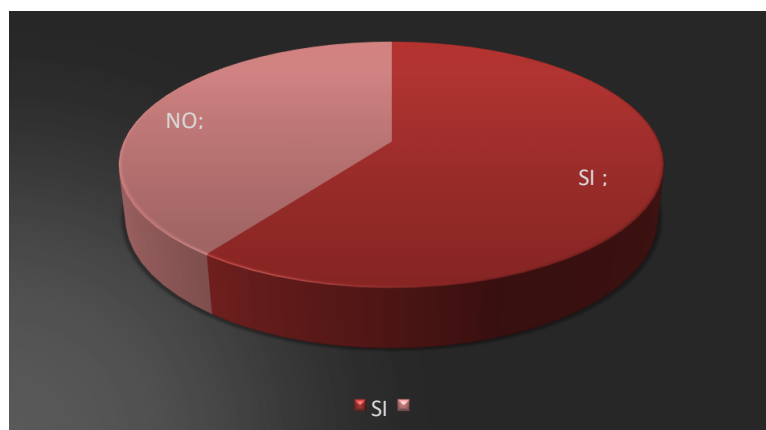


Gráfico N° 1 ¿Considera usted que el alquiler de funciones reproductivas deba ser normada?

INTERPRETACIÓN: los resultados indican que de 10 médicos especialistas 06 están de acuerdo con que el alquiler de funciones reproductivas deba ser normada, mientras que 04 médicos especialistas se encuentran en desacuerdo que el alquiler de funciones reproductivas deba ser normada.

Tabla N° 2 ¿Considera usted que las mujeres que dan su vientre en alquiler deban renunciar a sus derechos como madres biológicas?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Válido	SI	3	30,0	30,0
	NO	7	70,0	100,0
	Total	10	100,0	100,0

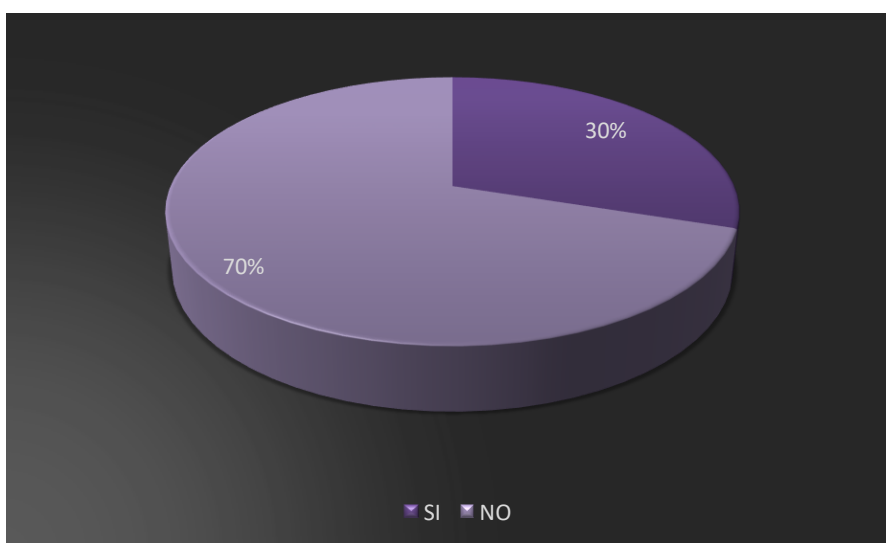


Gráfico N° 2 ¿Considera usted que las mujeres que dan su vientre en alquiler deban renunciar a sus derechos como madres biológicas?

INTERPRETACIÓN:

Según se observa un 70% del total de encuestados nos indican que no se debe renunciar a los derechos como madre biológicas al dar el vientre en alquiler, mientras que el 30% considera que el hecho de dar el vientre en alquiler se debería renunciar a estos derechos.

Tabla N° 3 ¿Usted alquiló su vientre para la gestación y luego de experimentar la relación materna filial durante su embarazo, se negó a cederlo?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Válido	SI	9	45,0	45,0
	NO	11	55,0	100,0
	Total	20	100,0	100,0

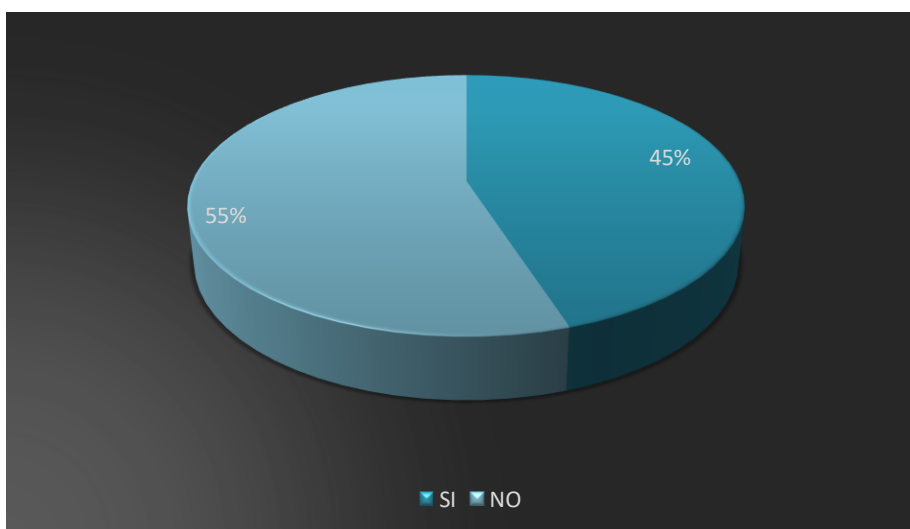


Gráfico N° 3 ¿Usted alquiló su vientre para la gestación y luego de experimentar la relación materna filial durante su embarazo, se negó a cederlo?

INTERPRETACIÓN:

En la siguiente gráfica podemos apreciar que el 55% de mujeres que alquilo su vientre no experimento ninguna relación maternal filial durante el embarazo por el cual no fue problema cederlo, mientras que un 45% si experimento esta relación maternal filial durante el embarazo y se negó a ceder al recién nacido.

Tabla N° 4 ¿Considera usted que la lactancia materna es indispensable para la relación materno filial?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Válido	SI	9	90,0	90,0
	NO	1	10,0	100,0
	Total	10	100,0	100,0

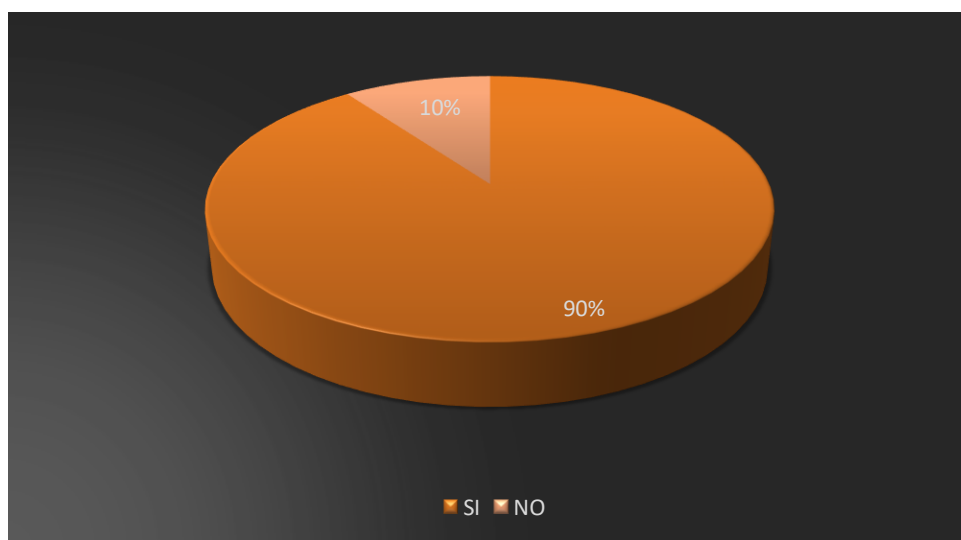


Gráfico N° 4 ¿Considera usted que la lactancia materna es indispensable para la relación materno filial?

INTERPRETACIÓN:

Un 90% de los médicos encuestados, considera que la lactancia materna es indispensable y no solo para la relación materno filial sino también para la salud del recién nacido y solamente el 10% considera que no es necesario la lactancia materna para dicha relación materno filial.

Tabla N° 5 ¿Considera usted que al tener libertad de procreación, las personas pueden acudir libremente al vientre de alquiler?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Válido	SI	2	20,0	20,0
	NO	8	80,0	100,0
	Total	10	100,0	100,0

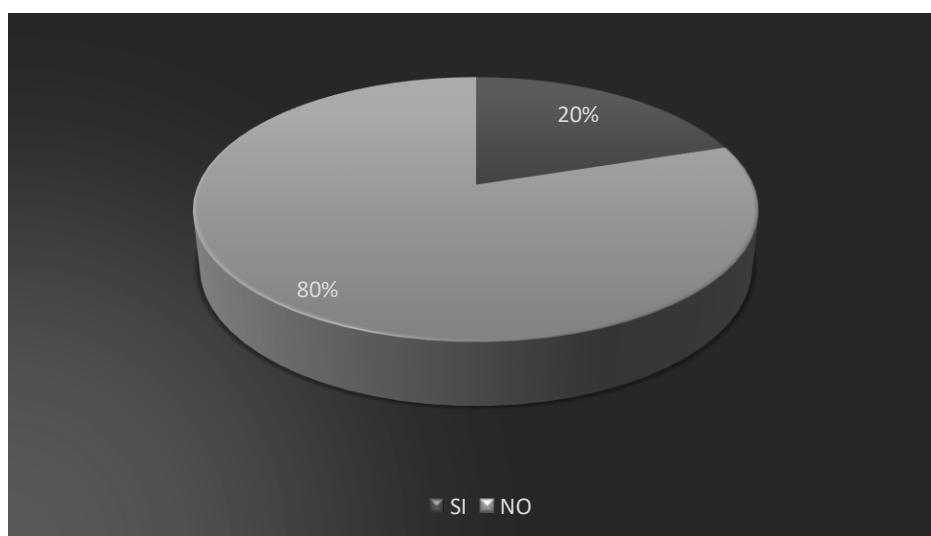


Gráfico N° 5 ¿Considera usted que al tener libertad de procreación, las personas pueden acudir libremente al vientre de alquiler?

INTERPRETACIÓN:

Al respecto, se puede observar que el 20% de encuestados si considera que por el hecho de tener libertad de procreación las personas pueden acudir libremente al vientre de alquiler, en tanto que el 80% de encuestados considera que por el mismo hecho las personas no deben acudir libremente al vientre de alquiler.

ABOGADOS

Tabla N° 6 ¿Cree usted que el derecho de filiación solo debe darse de manera natural?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Válido	SI	2	80,0	80,0
	NO	8	20,0	100,0
	Total	10	100,0	100,0

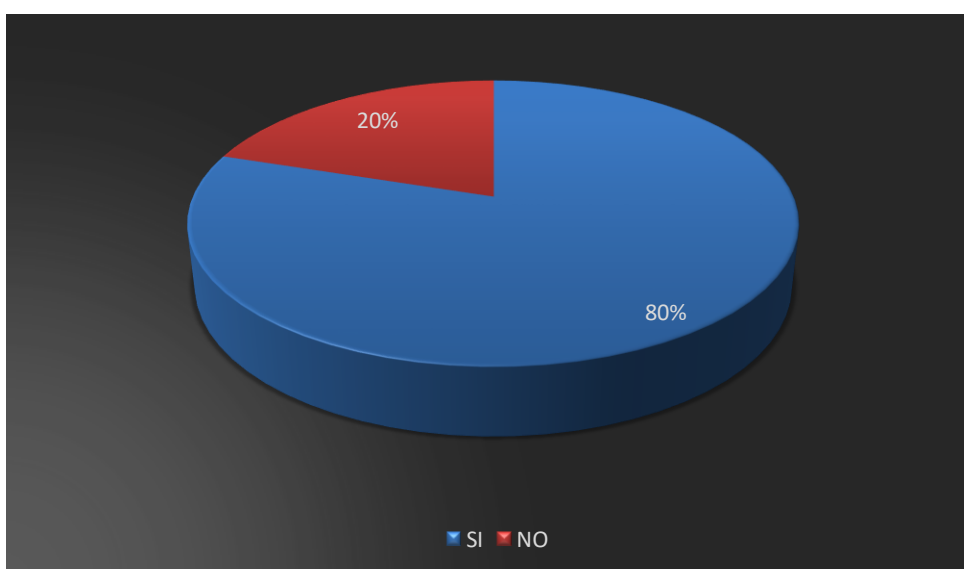


Gráfico N° 6 ¿Cree usted que el derecho de filiación solo debe darse de manera natural?

INTERPRETACIÓN:

En el cuadro podemos ver que el 80% de encuestados cree que el derecho de filiación solo debe darse de manera natural, en tanto que una minoría como es el 20% cree que este derecho de filiación no solo debe darse de manera natural.

Tabla N° 7 ¿Considera usted que el derecho de filiación adoptiva debe ser considerado tan igual como el derecho de filiación natural?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Válido	SI	3	30,0	30,0
	NO	7	70,0	100,0
	Total	10	100,0	100,0

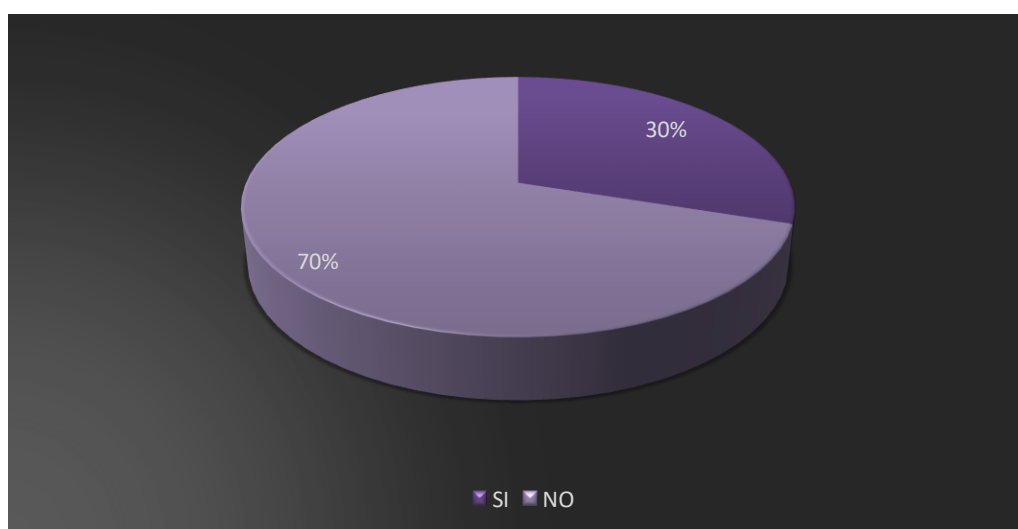


Gráfico N° 7 ¿Considera usted que el derecho de filiación adoptiva debe ser considerado tan igual como el derecho de filiación natural?

INTERPRETACIÓN:

En el siguiente cuadro observamos que el 70% de encuestados no considera que el derecho de filiación adoptiva deba ser considerado tan igual como el derecho de filiación natural, en tanto que el 30% de encuestados considera que el derecho de filiación adoptiva debe ser considerado tan igual como el derecho de filiación natural

Tabla N° 8 ¿Está de acuerdo que la vida del concebido no es un bien patrimonial y contraviene el interés público?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Válido	SI	1	10,0	10,0
	NO	9	90,0	100,0
	Total	10	100,0	100,0

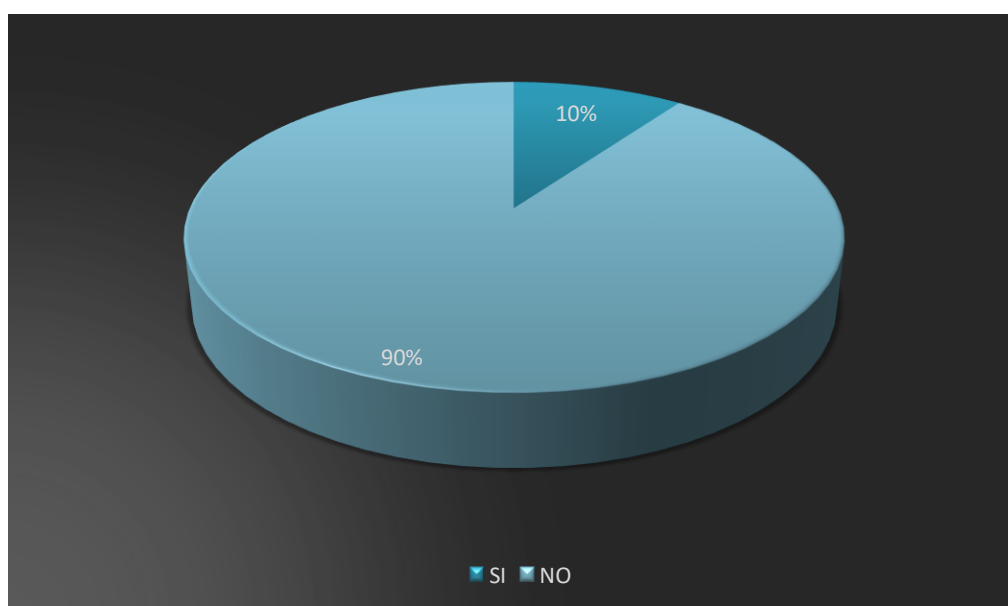


Gráfico N° 8 ¿Está de acuerdo que la vida del concebido no es un bien patrimonial y contraviene el interés público?

INTERPRETACIÓN:

En el siguiente cuadro observamos que el 90% de encuestados no está de acuerdo que la vida del concebido sea considerado como un bien patrimonial y que ello si contraviene el interés público, en tanto que el 10% de encuestados si está de acuerdo que la vida del concebido sea considerado como un bien patrimonial y que ello no contraviene el interés público.

Tabla N° 9 ¿Existe en nuestra legislación la figura jurídica que permite impugnar la maternidad cuando la que dio su vientre en alquiler se negó a cederlo?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Válido	SI	0	00,0	00,0
	NO	10	100,0	100,0
	Total	10	100,0	100,0

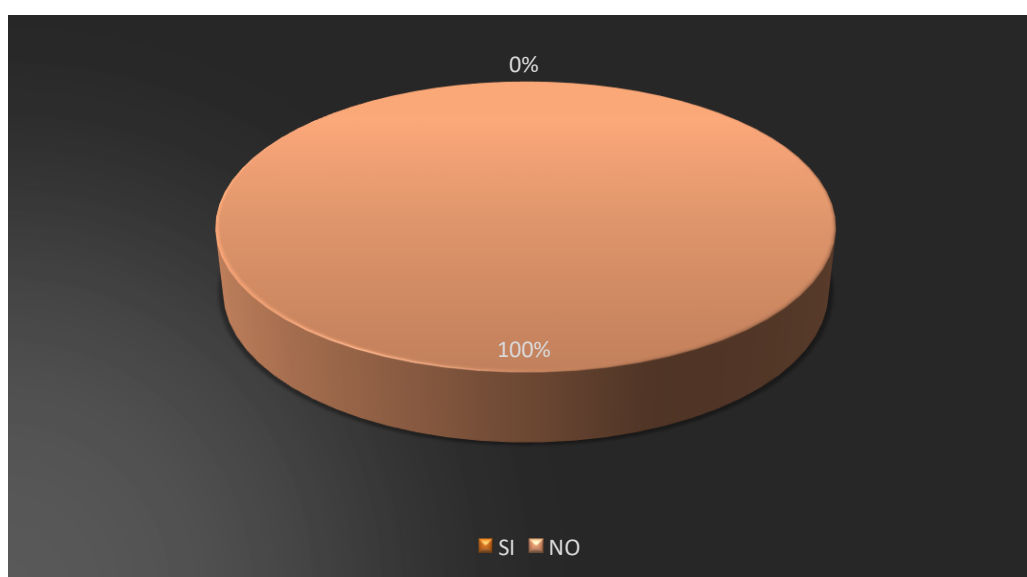


Gráfico N° 9 ¿Existe en nuestra legislación la figura jurídica que permite impugnar la maternidad cuando la que dio su vientre en alquiler se negó a cederlo?

INTERPRETACIÓN:

Como se puede observar, en nuestra legislación la figura jurídica que permite impugnar la maternidad cuando la que dio su vientre en alquiler se negó a cederlo no existe.

Tabla N° 10 ¿Considera usted que se debe adicionar en la norma en cuanto al incumplimiento del vientre que se alquila?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Válido	SI	5	50,0	50,0
	NO	5	50,0	100,0
	Total	10	100,0	100,0

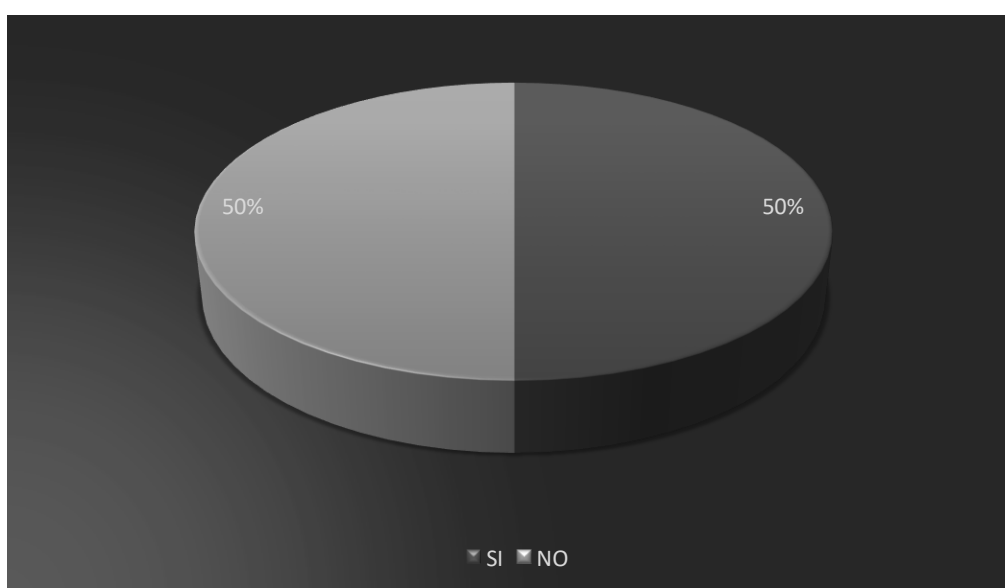


Gráfico N° 10 ¿Considera usted que se debe adicionar en la norma en cuanto al incumplimiento del vientre que se alquila?

INTERPRETACIÓN:

En el siguiente gráfico se puede observar que las posiciones se encuentran divididas, ya que el 50% de encuestados si considera usted que se debe adicionar en la norma en cuanto al incumplimiento del vientre que se alquila, en tanto que el otro 50 considera que no se debe adicionar en la norma en cuanto al incumplimiento del vientre que se alquila.

4.2. PRUEBA DE HIPÓTESIS:

En la primera hipótesis, en cuanto a la legalización del alquiler de vientre o maternidad subrogada permitiría la protección legal de los padres genéticos, cabe decir que las encuestas demuestran que el mayor porcentaje considera que el alquiler de funciones reproductivas debe ser normado, de esa manera no existirá problemas en cuanto a cumplir con lo pactado, cabe decir que no habrá oportunidad para que se nieguen a cederlo después del alumbramiento, hoy en día, porque si bien es cierto que al tener libertad de procreación tenemos libertad de alquilar un vientre, que en una u otra forma compensará a las parejas que sufren de infertilidad y más aún a las mujeres, porque dicha infertilidad causa daño a su proyecto de vida como madre y como mujer.

En la segunda hipótesis, en cuanto a la legalización del vientre de alquiler garantizaría el derecho de filiación del recién nacido a través de su protección jurídica, las encuestas demuestran que el derecho de filiación se debe dar de manera natural, cabe decir, que el padre genético está en todo su derecho de reconocer a su hijo así sea nacido de un vientre de alquiler, cabe decir que hay que pensar en el bienestar del recién nacido y no pensar que la vida del concebido es un bien patrimonial y que se debe aprovechar de ellos para conseguir económicamente lo que quiero, a costas y expensas del concebido.

En la tercera hipótesis, la legalización del vientre de alquiler influiría positivamente en el cambio cultural de la sociedad, definitivamente al legalizarse el vientre de alquiler, tal como se mencionó anteriormente, ello evitaría que muchas familias o parejas sean estafadas, ya que solo pactan un contrato de alquiler de vientre sin un contrato en sí, solo de manera verbal, lo que produce incumplimiento de lo pactado, ya que muchas mujeres se niegan a cederlo ya que al alumbrar sienten esa relación materno filial que por naturaleza indiscutible se da entre una madre y un hijo, pero sobre todo la legalización influiría positivamente en el cambio cultural de la sociedad al poder ayudar a quien tanto desea el hijo tan anhelado, cabe decir

el hijo tan esperado por parejas afectadas por la infertilidad.

En la cuarta hipótesis, la legalización del vientre de alquiler garantizaría la protección jurídica de los padres genéticos en cuanto a la filiación de las personas que nacen del vientre de alquiler, si existe protección legal de los padres genéticos, por ende se dará se da la existencia de la protección jurídica de las personas nacidas de vientre de alquiler, no es fácil para un niño, joven o adulto enfrentar el estigma de la sociedad de no saber quién es tu padre, ya sea porque la madre lo niegue y no quiera darlo a conocer o porque el mismo padre no lo quiera reconocer, al respecto se dijo que hay libertad de procreación y por tanto hay libertad de pactar un vientre de alquiler, pero esa libertad debe estar enmarcada jurídicamente a efectos de garantizar por y sobre todo a las personas que nacen del vientre de alquiler.

CAPITULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. CONTRASTACIÓN DE LOS RESULTADOS

Los resultados indican que la legalización del alquiler de vientre o maternidad subrogada permitiría la protección legal de los padres genéticos. Estos resultados se relacionan con trabajos previos y teorías relacionadas al tema investigado:

El Estado reglamenta la libertad contractual, limitando la contratación, a lo establecido en la ley, sobre la base del interés social y las buenas costumbres. En este sentido, las partes son libres para contratar, pero dentro de los límites señalados por la norma legal, en cada uno de los casos de las actividades de la actividad humana. Es así como el Estado establece la libertad jurídica de contratación de las personas.

Al respecto CONTARINO sostiene que: *“La libertad jurídica contractual se funda en la garantía constitucional de la igualdad ante el derecho. Entendida esta como: La libertad para contratar, que es la libertad para celebrar o no el contrato y con quién; y la libertad contractual, que es la libertad para fijar los términos o contenido del contrato. De esta manera, la libertad jurídica comprende las siguientes facultades: celebrar o no celebrar el contrato, elegir la persona del contratante, determinar el objeto en todo sus aspectos, elegir la forma de instrumentación, excepto los casos de los actos solemnes, modificar el contrato, transmitir la posición contractual, extinguir el contrato”* (CONTARINO, 2000)

- **En la Primera Hipótesis específica**, indica que la legalización del vientre de alquiler garantizaría el derecho de filiación del recién nacido a través de su protección jurídica. Estos resultados se relacionan con trabajos previos y teorías relacionadas al tema investigado:

El derecho romano que expresa *“Mater semper cert est”*, consagrando, de este modo, la atribución de la maternidad

por el hecho del parto, ha sido conmovida por la ciencia, cuando se posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que llevase a cabo la gestación y el trabajo de parto. El ordenamiento jurídico peruano, al igual que el de la mayoría de los Estados occidentales, ha adoptado el sistema romanista para determinar la maternidad y, nuestro Código Civil de 1984, lo recoge en su artículo 2° que expone: *“La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento. Asimismo, en el artículo 371 que señala que” La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo”, e igualmente en el artículo 409 al señalar que: “La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”*. (REYES FARFAN, 2006)

- **En la Segunda Hipótesis específica**, Indica que la legalización del vientre de alquiler influiría positivamente en el cambio cultural de la sociedad, estos resultados se relacionan con trabajos previos y teorías relacionadas al tema investigado:

“Sobre la facultad de las partes para disponer del uso de sus órganos y objeto del contrato, existen opiniones contrapuestas, para el sector de la doctrina clásica no es posible que el alquiler del útero sea objeto de contrato, en cambio el sector de la doctrina moderna representada por Gustavo Bosset, Medina y Erades, entre otros, *“el contrato de alquiler de vientre es lícito siempre que sea gratuito y no vulnere la moral y el orden público”*”.

Los opositores a la legalización del contrato de alquiler de vientre sostienen que el vientre de una mujer y la vida del concebido no son bienes patrimoniales de libre disposición por las partes, porque contravienen el interés público; sin embargo,

compartiendo opinión con la doctrina moderna, consideramos que en el contrato de alquiler la mujer gestante sólo está prestando un servicio de gestación a favor de otra persona y no dispone de ninguna vida humana, sino que con la gestación la mujer sólo está colaborando para la existencia de la vida de una persona, que de otra manera no sería posible su existencia, y esto no puede contrariar la moral y el orden público en ningún lugar del mundo.

Por tanto, consideramos que si bien en el contrato de alquiler de vientre con subrogación materna, por su trascendencia, interviene el interés público, pero su naturaleza jurídica es de derecho privado, que sólo compete a las partes; y el alquiler de vientre de una mujer para gestar una criatura a favor de otra persona, sí es objeto de contratación.”

- **En la Tercera Hipótesis específica**, Indica que la legalización del vientre de alquiler garantizaría la protección jurídica de los padres genéticos en cuanto a la filiación de las personas que nacen del vientre de alquiler., estos resultados se relacionan con trabajos previos y teorías relacionadas al tema investigado:

Dentro del análisis de ésta nueva figura contractual, es necesario establecer, si el contrato de alquiler de vientre es igual o diferente a los contratos de locación de servicios y/o de comodato, regulados en el Código Civil peruano de 1984. En su artículo 1764° se afirma que: *“El acto por el cual el locador se obliga sin estar subordinado al comitente, a prestar sus servicios por cierto tiempo y para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”*. En este caso, el locador sería la madre sustituta que presta el servicio y los comitentes la pareja contratante que retribuye de manera pecuniaria la prestación.

Igualmente en el artículo 1728° del mismo cuerpo normativo se establece que: *“El acto por el cual, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por*

cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva". En este caso comodante es la mujer que dispone su vientre, de modo gratuito y altruista. Comodatario, es la pareja contratante. Art. 1666: "Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida". (BORDA, 1987)

CONCLUSIONES

- 1.- Se concluye que la legalización del alquiler de vientre o maternidad subrogada permitiría la protección legal de los padres genéticos.
- 2.- Se concluye que la legalización del vientre de alquiler garantizaría el derecho de filiación del recién nacido a través de su protección jurídica
- 3.- Se concluye que la legalización del vientre de alquiler influiría positivamente en el cambio cultural de la sociedad.
- 4.- Al respecto se puede decir que la legalización del vientre de alquiler garantizaría la protección jurídica de los padres genéticos en cuanto a la filiación de las personas que nacen del vientre de alquiler.

RECOMENDACIONES

- 1.- La primera recomendación sería que se incorpore en la ley la legalización del vientre de alquiler.
- 2.- Siendo que el alquiler de vientre es una realidad nacional e internacional que se practica públicamente sin una legislación que lo regule, generando un gran problema de naturaleza socio-jurídico sobre la filiación de las personas que nacen de esta manera, se debe enmarcar dentro de nuestra legislación.
- 3.- Que se debe pensar que la infertilidad es un problema que afecta el proyecto de vida no solo de una mujer sino de una familia, entonces por qué no regular el vientre de alquiler para así permitir a familias realizarse completamente.
- 4.- Que, la legalización del vientre de alquiler garantiza la protección jurídica de los padres genéticos y la filiación de los nacidos por este procedimiento".

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERUCHE DÍAZ FLORES, Mercedes (2001): *“Derecho Genético”*, Editorial Centro Universitario Ramón Carandé, Madrid, España, pp. 350.

ALESSANDRI, Arturo: “De los contratos”. Editorial Jurídica de Chile, 3º ed, Santiago de Chile, 2001, pp. 360

ANDORNÓ, Roberto (1998): *“Bioética y Dignidad de la Persona”*, Madrid, España, Editorial Técnos, pp. 356.

ARIAS-SCHIREIBER PEZET, Max (1996): *“Los Contratos Modernos”*, Editorial San Marcos, Lima, Perú, T.II, pp. 240.

AZÚA REYES, Sergio T. (1997): *“Teoría general de las obligaciones”*. Editorial Porrúa, 5ta ed. México, pp. 250.

BALDINI, G., citado por Alma Aránbula Reyes (2008), en *“Servicios de investigación y Análisis sobre maternidad subrogada”*, del centro de documentación, información y análisis de la cámara de diputados de México, Agosto, pp. 474.

BAUTÍSTA PARDO, Juan (2002): *“Derecho y Genoma Humano”*, Editorial Sapanish, Bilbao, España, pp.400.

CARCADA FERNÁNDEZ; María (1995): *“Los Problemas planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana”*, Editorial Bosch, Madrid, España, pp. 370.

CASADO, María (2007): *“Nuevo materiales de bioética y derecho - Doctrina jurídica contemporánea”*, vol. 25. Editorial

Fontamara, México, pp. 500.

CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand (1997): *“Derecho de Contratos”*, Editora FERCAT E.I.R.L., Lima, Perú, pp. 428.

CISNEROS FARÍAS, Germán (2000): *“La voluntad en el negocio jurídico”*, Editorial Trillas, México, pp. 640.

COKE, Ricardo (1994): *“Nueva nomenclatura familiar del genoma humano, en el Derecho ante el proyecto genoma humano”*, Fundación BBV, Madrid, España, Vol. IV, pp. 347.

GOMEZ SÁNCHEZ, Juan (2003): *“La Maternidad Subrogada”*, Editorial La Cultura, 4º ed, México, pp. 589.

GRITRON FUENTECILLA, J. (1987): *“La genética y el Derecho familiar”*, Rev. Tapia, año VII, N° 36 Octubre, pp. 573.

GUERRA DIAZ, Diana (2000): *“Cómo afrontar la infertilidad”*, Editorial Planeta. Barcelona, España, pp. 300.

GUZMAN ÁVALOS, Aníbal (2001): *“Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humana, un nuevo modelo de filiación”*, Editorial Universidad de Veracruz, México, pp. 495.

HURTADO OLIVER, Xavier (2000): *“El derecho a la vida y a la muerte”*, Editorial Porrúa, 2da, ed, México, pp. 350.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2001): *“Derecho genético”*.
Editorial Grijley, 4ta, ed.Lima, Perú, pp. 548.

VELAYOS, J.L. Y SANTAMARIA L. (2002): *“Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana”*, Editorial Galicia, Madrid, España, pp. 450.

VERA RAMÍREZ, Eduardo (1997): *“El Control de la Maternidad Subrogada - argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica”*, Revista Jurídica U.P.R.España, pp. 430.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: *“Las nuevas formas de Reproducción Humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho civil español”*, Ediciones palabra, Madrid, España, 1988, pp. 590

ANEXOS

INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOSLEGALIZACIÓN DEL VIENTRE DE ALQUILER

MATERNIDAD SUBROGADA		SI	NO
01	¿Considera usted que el alquiler de funciones reproductivas deba ser normada?		
02	¿Considera usted que las mujeres que dan su vientre en alquiler deban renunciar a sus derechos como madres biológicas?		
RELACIÓN MATERNO FILIAL		SI	NO
03	¿Usted alquiló su vientre para la gestación y luego de experimentar la relación materna filial durante su embarazo, se negó a cederlo?		

04	¿Considera usted que la lactancia materna es indispensable para la relación materno filial?		
DD.HH		SI	NO
05	¿Considera usted que al tener libertad de procreación, las personas pueden acudir libremente al vientre de alquiler?		

CUESTIONARIO DE PROTECCIÓN LEGAL

	DERECHO DE FILIACIÓN	SI	NO
01	¿Cree usted que el derecho de filiación solo debe darse de manera natural?		
02	¿Considera usted que el derecho de filiación adoptiva debe ser considerado tan igual como el derecho de filiación natural?		
	CAMBIO CULTURAL DE LA SOCIEDAD	SI	NO
03	¿Está de acuerdo que la vida del concebido no es un bien patrimonial y contraviene el interés público?		

	FILIACIÓN DE LOS RECIÉN NACIDOS	SI	NO
04	¿Existe en nuestra legislación la figura jurídica que permite impugnar la maternidad cuando la que dio su vientre en alquiler se negó a cederlo?		
05	¿Considera usted que se debe modificar la norma en cuanto al incumplimiento del vientre que se alquila?		

MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACION DEL PROBLEMA	PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	METODOLOGIA
EL VIENTRE DE ALQUILER Y LA PROTECCIÓN LEGAL	<p style="text-align: center;">PROBLEMA PRINCIPAL</p> <p>¿De qué manera la legalización del vientre de alquiler permitiría la protección legal de los padres genéticos?</p> <p style="text-align: center;">PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>¿De qué manera la legalización del vientre de alquiler garantizaría el derecho de filiación del recién nacido?</p> <p>¿De qué manera la legalización del vientre de alquiler influiría en el cambio cultural de la sociedad?</p> <p>¿De qué manera la legalización del vientre de alquiler garantizaría la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen del alquiler de vientre?</p>	<p style="text-align: center;">OBJETIVO GENERAL</p> <p>Establecer de qué manera la legalización del alquiler de vientre permitiría la protección jurídica de los padres genéticos.</p> <p style="text-align: center;">OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>Establecer de qué manera la legalización del vientre de alquiler garantizaría el derecho de filiación del recién nacido.</p> <p>Establecer de qué manera la legalización del vientre de alquiler influiría en el cambio cultural de la sociedad Precisar cuál sería la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen del alquiler de vientre.</p> <p>Establecer de qué manera la legalización del vientre de alquiler garantizaría la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen del alquiler de vientre.</p>	<p style="text-align: center;">VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p>(X) Legalización del vientre de alquiler</p> <p style="text-align: center;">VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p>(Y) Protección legal</p>	<p style="text-align: center;">Enfoque Mixto</p> <p style="text-align: center;">Del nivel descriptivo – explicativo</p> <p style="text-align: center;">El diseño Es no experimental porque no se va a manipular ni las variables de estudio, ni a los sujetos de la muestra</p>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE SENTENCIA CAS. Nº 563-2011 LIMA

Lima, seis de diciembre de dos mil once. –

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA

REPÚBLICA; vista la causa número quinientos sesenta y tres – dos mil once, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo y producida la votación de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación de fojas seiscientos sesenta y tres interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos, de fecha treinta de noviembre de dos mil diez, que confirma la apelada de fecha quince de abril del año dos mil diez, que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada a fojas noventa subsanada a fojas ciento seis; declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis en el Distrito de San Borja, en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz sobre adopción de menor.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Esta Sala mediante resolución de fecha seis de julio del año dos mil once, declaró **procedente** el recurso de casación, por causal de infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.

3. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado

adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concorra el asentimiento de su cónyuge, que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; y encontrándonos ante un

proceso de adopción por excepción se requiere adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente (como si ocurre en los otros casos regulados en el mismo Código).-

SEGUNDO.- Que, la adopción por excepción es una institución que lleva este nombre por cuanto, dentro del sistema de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente, en el Libro III, Título II, Capítulo I se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono (artículo 248 del Código del Niño y el Adolescente); este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal; sin embargo existen otros niños (as), y adolescentes que no obstante tenerlos por circunstancia excepcionales, pueden ser adoptados por otras personas pero manteniendo un enlace familiar, ante lo cual el proceso será judicial. Institución que se encuentra plagada por la protección dada al niño (a) o adolescente, pues con ella se busca proteger su derecho a la identidad (artículo 6 del Código del Niño y el Adolescente) y a vivir en una familia (artículo 8 del Código del Niño y el Adolescente).-----

TERCERO.- Que a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa, es necesario efectuar un análisis de lo acontecido en el proceso: **i) Por demanda** de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña

Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código delos Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. **ii)** los demandados **contestán** la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan; **iii)** tramitado el proceso conforme a sunaturaleza, el juez expidió **sentencia** declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: **a)** con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica doña Isabel Zenaida Castro Muñoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; **b)** que, si bienes cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley 26497, que establece que *“las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”*; **c)** que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues

luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; **e)** no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; **iv)** la Sala Superior **confirmó la sentencia** que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: **a)** que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; **b)** ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; **c)** que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; **d)** se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de

una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta de la previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.-----

CUARTO.- Que, la recurrente en su agravio denuncia: **i) la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes**¹; precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor, Giovanni Sansone, sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Vittoria Palomino Castro es su hija biológica y legal, por tanto no procede esta figura de la adopción entre padres biológicos; **ii) la infracción normativa sustantiva del artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes**²; sosteniendo que se afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y por ende, también pariente de la niña a ser adoptada, sin embargo la presunta tía demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Vittoria Palomino Castro, al no ser Paúl Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño,

1 Artículo 115.- Concepto. –

La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

2 Artículo 128.- Excepciones. –

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes: (...) b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y (...) ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción; **iii) la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil**³; arguye que para que proceda la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral y que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; sin embargo los pre- adoptantes no gozan de solvencia moral para adoptar a su menor hija, pues a lo largo del proceso han mentido no solo al juzgador sino a los recurrentes, a fin de engañarlos y quedarse con su hija. Hechos que no han sido tomados en cuenta al momento de sentenciar; **y iv) la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil**⁴; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde. __

QUINTO.- Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”*,

3 Artículo 378.- Para la adopción se requiere:

1.- Que el adoptante goce de

solvencia moral.(...)

5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo sucuratela

. (...)

- 3 Artículo 381.-** La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna. principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que *la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y al adolescente*; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la *Declaración Americana sobre Derechos Humanos* que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.--

SEXTO.- Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta; siendo los dos parámetros que enmarcarán el presente pronunciamiento.-----

SÉTIMO.- Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la

sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: “() el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos...” -----

OCTAVO.- Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: **i)** los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; **ii)** la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; **iii)** la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba

con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós, **iv)** la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; **v)** los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; **vi)** el demandante Giovanni Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro;

vii) al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; **viii)** los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que:

a) el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: *“los demandados integran un hogar con vivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos suficientes”;* **b)** el informe psicológico N° 1567-2008-MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados

– último párrafo – señala: *“se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor, sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c)* El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados – en el último párrafo – señala *“se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía;*

vi) Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente. _____

NOVENO.- Que, corresponde analizar las infracciones denunciadas, así tenemos que la **primera y segunda causal** denunciadas carecen de sustento, dado que si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde, en el caso de autos se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad; no correspondiendo a este proceso de adopción determinar la paternidad de la menor. En consecuencia, la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, reiterándose debiéndose precisar que no es materia de pronunciamiento la paternidad de la menor. -----

DÉCIMO.- Que, la **tercera y cuarta causal** denunciadas no pueden ser amparadas, dado que, si bien es requisito que los padres del adoptado asienten y la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna, se debe resaltar que la sentencia de vista ha resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño y del Adolescente (aludido en el cuarto y quinto considerando de la presente), dado que nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no alterar su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir en el caso de autos, a la luz de los hechos detallados en el octavo considerando, pues nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias

declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una “ayuda económica” quedando evidenciado que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener.-----

UNDÉCIMO.- Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando “*DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz...*” adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose “*con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro*”; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el “acuerdo” asumido con los accionantes; refiriendo: “(...) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija...” (fojas doscientos cincuenta y cinco), “me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo

al Juzgado en agravio de mi menor hija” (fojas trescientos cuarenta y nueve); “ (...)he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta, originada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)” (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal N° 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte **que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve**, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: *“debo manifestar*

*que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de **mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia**". -----*

DUODÉCIMO.- Que, en suma, la materia de Litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su

corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso.-----

4.- DECISIÓN:

Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon:

a) INFUNDADO el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.

b) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.-

SS.

**DE VALDIVIA CANO HUAMANI LLAMAS PONCE DE MIER VINATEA
MEDINA CASTAÑEDA SERRANO**

mar/igp